El Control Previo de Concentraciones Empresariales

Abril 2021

Objeto y Ámbito de Aplicación

El **objeto** de la Ley es el establecimiento de un régimen de control previo de operaciones de concentración, **con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados**, para el bienestar de los consumidores.

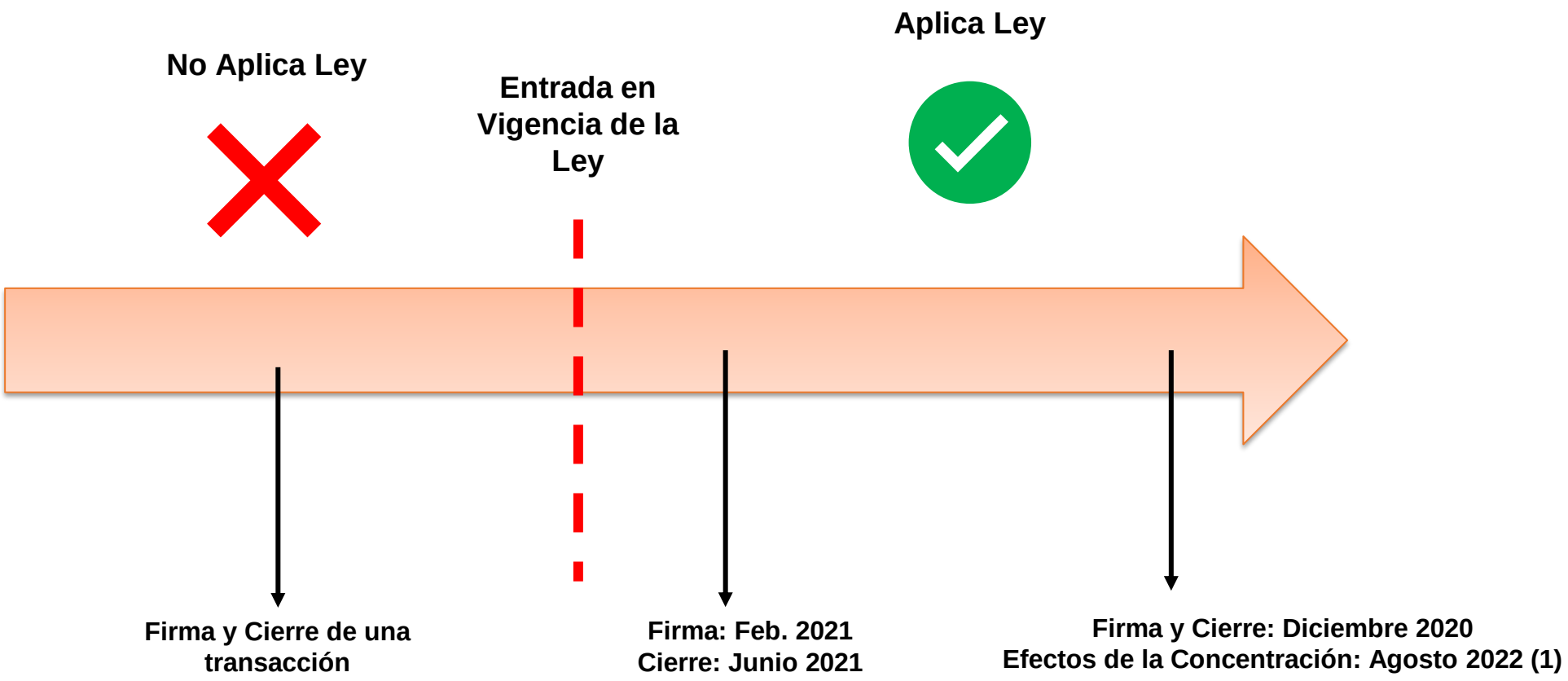
Ámbito de aplicación:

- Actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en la Ley, **que produzcan efectos en el Perú**.
- Comprende a los agentes económicos que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado y realicen actos de concentración **que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en el Perú (directos o indirectos)**.

La Ley establece que el control previo realizado por las autoridades competentes para las concentraciones empresariales se realizará sobre la base de un **análisis técnico** desde la perspectiva de la protección de la libre competencia. **La Ley no establece criterios políticos o jurídicos distintos al derecho de la libre competencia para evaluar la transacción.**

Vigencia

Se encuentra pendiente la adecuación y modificaciones al Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Luego de que sea publicada, la Ley entrará en vigencia en 15 días.



*(1) Por ejemplo, en diciembre de 2020 se acordó que un inversionista realizará aportes de capital de manera sucesiva en una compañía durante el plazo de 2 años. Si, el inversionista logra obtener el control en **agosto de 2022**, antes de realizar dicho aporte, se deberá obtener la aprobación de INDECOPI.*

Definiciones Importantes

- **Agente Económico:** Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o de derecho público, que ofrezca o demande bienes o servicios y que sea titular de derechos o beneficiario de los contratos o que, **sin ser titular de dichos derechos ni beneficiario de dichos contratos**, pueda ejercer los derechos inherentes a los mismos. **Esto incluye a los fondos de inversión, nacionales o extranjeros**.

- **Grupo Económico:** Es el conjunto de Agentes Económicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos miembros, cuando alguno de ellos **ejerce el control sobre el otro u otros**, o cuando el control sobre los Agentes Económicos **corresponde a una o varias personas naturales que actúen como una unidad de decisión**.

- **Activos**: definido en el Reglamento como "**Activos Productivos Operativos**". Son los **bienes tangibles o intangibles** a los que se puede asignar ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio y que tiene la potencialidad de desarrollar o incrementar la participación de un Agente Económico en el mercado. **Se considera que un Activo es operativo** si ha generado ingresos, rentas, flujos de dinero o volumen de negocio en el año anterior a la notificación de operación de concentración empresarial.

- **Comisión**: Es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI

- **Secretaría Técnica**: es la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI

Definiciones Importantes

MERCADO RELEVANTE:

Mercado de Producto Relevante

Es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada **y los sustitutos que existan desde el punto de vista del consumidor**.

Para el análisis de sustitución, INDECOPI evaluará, entre otros factores:

- Las preferencias de los clientes o consumidores;
- Las características, usos y precios de los posibles sustitutos;
- Las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución

Mercado Geográfico Relevante

Es el conjunto de zonas geográficas **donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante**. Para determinar el mercado geográfico se toma en cuenta, entre otros factores:

- Los costos de transporte
- Las barreras al comercio

¿Qué significa “Control” en la Ley?

Posibilidad de ejercer **influencia decisiva y continua** sobre un agente económico.

¿Cómo?

- **Derechos de propiedad o de uso**: Totalidad/ parte de los activos de una compañía.
- **Derechos o contratos** que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos societarios de una empresa, **determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva** **(autorización expresa, derecho a voto o derecho a veto)**

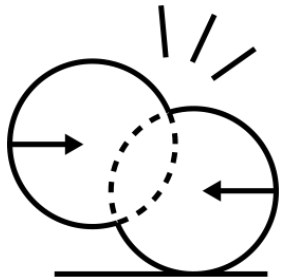
Decreto Supremo Nº 017-98-ITINCI, Reglamento a la Ley 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico)

Artículo 37.- Legislación complementaria. *Una vez iniciado el procedimiento con sujeción a la Ley y al presente Reglamento, la Comisión o la Sala podrán aplicar,* ***de manera referencial y mientras no se encuentren en contradicción con la Ley*** *las definiciones contenidas en la* ***Resolución SBS Nº 001-98****, en especial las referidas a propiedad indirecta, vinculación, Grupo Económico y* ***control****.*

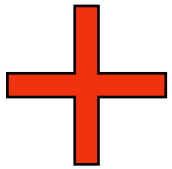
Jurisprudencialmente, INDECOPI ha considerado para las transacciones en el **sector eléctrico** que el cambio de control deberá ser “**duradero**”, no solamente “**permanente**”. Esto significa que un acto de concentración que tenga un plazo de finalización definido puede ser considerado dentro de la Ley si, durante su vigencia, puede ocasionar cambios en la estrategia competitiva de la compañía o activo materia de adquisición (“Target”). En principio, por medio de una interpretación de la Ley y la jurisprudencia de INDECOPI para el sector eléctrico, consideramos que los actos de concentración cuyo plazo son mayores a un (1) año deberán ser notificados a INDECOPI bajo esta Ley.

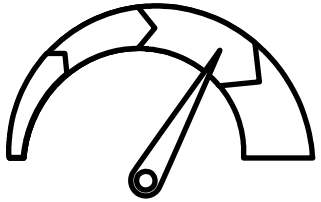
- Control Exclusivo: Cuando un Agente Económico puede ejercer influencia decisiva y continua sobre otro Agente Económico.
- Control Conjunto: Cuando 2 o más Agentes Económico ejercen conjuntamente influencia decisiva y continua sobre otro Agente Económico e, individualmente, no tendrían control sobre dicho Agente Económico.

Operaciones de Concentración Empresarial

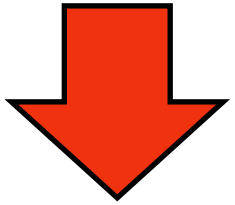


Acto de Concentración





Umbrales



Indecopi

En principio, para iniciar el procedimiento de control previo ante INDECOPI se tiene que cumplir ***ambos*** *requisitos: (1) que haya un acto de concentración; y, (2) que se alcancen o superen los umbrales establecidos en la Ley.*

Operaciones de Concentración Empresarial

Una operación de concentración empresarial es todo acto u operación que implique **un cambio de control de una compañía o activo**, que puede producirse a consecuencia de:

- **Adquisición directa o indirecta de derechos (Acciones)**
- **Fusión**
- **Constitución por dos o más agentes económicos de una compañía en común o Joint Venture**
- **Adquisición directa o indirecta de Activos**

Para los actos de concentración, INDECOPI considera como **una única operación de concentración** el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el **plazo de 2 años**.

Operaciones de Concentración Empresarial

No son actos u operaciones de concentración empresarial:

- Crecimiento al interior de un grupo económico;
- Crecimiento de un grupo económico por la entrada de un inversionista que (i) no adquiere el control; y, (ii) no participa en el mercado peruano;
- Crecimiento corporativo que no produzca efectos en Perú;
- Control temporal como consecuencia de un mandato temporal de la ley; y,
- Posesión temporal de acciones por parte de entidades financieras (*underwriter*).

Operaciones de Concentración Empresarial

Adquisición directa o indirecta de derechos y Adquisición de Activos

Casos típicos:

- Compraventa/transferencia de acciones en una Compañía Target.
- Aumento y reducción de capital social en la Compañía Target.
- Compraventa de un Activo.
- **Empresas del Estado:** Se considera a todas aquellas empresas que pertenezcan al mismo centro independiente de toma de decisiones (ej. FONAFE).

Q&A

- ¿Se requiere notificación a INDECOPI cuando se transfieren/ceden derechos políticos sobre acciones en Contratos de Usufructo, Contratos de Fideicomiso, Cesión de Derechos y otros contratos civiles?
- ¿Cuales serían las consecuencias y el impacto legal de incorporar derechos de voto o veto en los convenios de accionistas? ¿Será necesario notificar a INDECOPI?
- ¿Se requiere realizar una notificación en caso se incorporen obligaciones de hacer o no hacer (*positive* y *negative covenants*) en los contratos civiles, comerciales y/o financieros?
- ¿La toma de control fáctica sería considerada por INDECOPI como un cambio de control?
- ¿Que tipo de acciones se podrían tomar para mitigar estos riesgos?

Operaciones de Concentración Empresarial

Asociaciones Público Privadas (APP)

- Cuando el Organismo Público Promotor de la Inversión Privada competente para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de APPs identifique que:
  - La competencia tiene un rol en el diseño contractual regulatorio; y,
  - El proyecto puede generar riesgos sobre la competencia,

  solicitará a la Comisión un informe de los posibles efectos sobre la competencia que podrían generar operaciones de concentración empresarial.

  La Comisión emitirá su informe en **30 días hábiles**, en caso contrario se asumirá que no existen riesgos (**silencio administrativo positivo**).
- No se aplica para aquellos proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos bajo modalidad de APPs **por iniciativa estatal**, que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley, se encuentre en etapa de estructuración o transacción y sean adjudicados antes del 31 de diciembre de 2021.
- Tampoco se aplica la Ley a aquellos proyectos de inversión bajo la misma modalidad, **por iniciativa privada**, que se encuentren en una etapa posterior a la opinión de relevancia del sector.

Umbrales

La suma total del valor de las **ventas o ingresos brutos anuales** o el **valor de activos** **en Perú** de las empresas involucradas (incluyendo a su Grupo Económico en Perú) haya alcanzado durante el **ejercicio fiscal anterior** a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a **118,000 UIT** (**S/ 519.2 millones** o aprox. **US$ 140.9 Millones**).

El valor de las **ventas o ingresos brutos anuales** o el **valor de activos** **en Perú** de al menos 2 de las empresas involucradas (incluyendo a su Grupo Económico en Perú) en la operación hayan alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a **18,000 UIT** (**S/ 79.2 millones** o aprox. **US$ 21.4 Millones**) cada uno.

*En ambos casos, los umbrales se utilizan de **forma alternativa**. Y, el cálculo de ventas y activos **se realiza de manera independiente**. Por ejemplo, no puede realizarse la suma de ventas e ingresos para una compañía y activos para la otra para alcanzar el umbral.*

1 UIT en el año 2021 = S/ 4,400
1 UIT en el año 2020 = S/ 4,300
Tipo de Cambio utilizado: US$ 1 = S/ 3.6845
***Para las operaciones del año 2021, se tomará en cuenta la UIT del año 2020.**
***Para los EEFF en moneda distinta al Sol, se deberá utilizar el tipo de cambio promedio de los últimos 12 meses previos a la notificación, según la publicación del BCRP.**

Umbrales

Aspectos importantes

Ventas:

- Se toma en cuenta únicamente las ventas de productos o provisión de servicios relacionados a su **giro habitual de su negocio** generados o alcanzados en el Perú **según lo Estados Financieros auditados del año fiscal anterior**. **No se tomará en cuenta ingresos extraordinarios**.

- Se excluirá del cálculo los impuestos relacionados con las ventas o prestación de servicios donde la **compañía actúa como un intermediario para la retención de tributos (ej. IGV o ISC)** y los **ingresos generados por ventas o prestaciones de servicios realizadas dentro del mismo grupo**.

- Los valores a tomar en cuenta son **montos brutos según los conceptos utilizados en las normas tributarias peruanas** (no debe excluirse del monto total de ingresos las devoluciones, ofertas o descuentos efectuados por las compañías en las venta de sus productos o en la prestación de sus servicios).

- Regla General para el Nexo Geográfico:

  - **Venta de productos**: lugar donde se ubica el cliente
  - **Provisión de servicios**: lugar donde se realiza el servicio.

Activos:

- Valor contable de los **Activos que se ubiquen en el Perú**, **según los Estados Financieros auditados del ejercicio fiscal anterior a la transacción**.

- Los Agentes Económicos extranjeros deberán considerar en el cálculo de los umbrales lo siguiente:

  - Aquellos activos tangibles ubicados en Perú en el año fiscal anterior a la notificación de la operación;

  - Aquellos activos intangibles derivados de contratos suscritos con Agentes Económicos en Perú (ej. Contratos de Licencia).

  - Aquellos activos intangibles inscritos en algún registro público del Perú (ej. Marcas registradas en INDECOPI).

- **Excepción**: Activos ubicados en Perú que han obtenido, en el año fiscal anterior a la notificación de la transacción, **más del 50% de los ingresos a través de ventas al exterior**.

Se podrá presentas EEFF no auditados:

- Cuando la notificación a INDECOPI se realice en enero o febrero (con cargo a regularizarlo posteriormente);
- Cuando se trate de un Agente Económico que no se encuentre obligados a preparar EEFF auditados según la legislación peruana.

Umbrales

Aspectos importantes

Ventas:

- **Provisión de Servicios**: La regla general es que se deberá considerar el lugar donde se presta el servicio, al margen del lugar de contratación. Si no se puede determinar, se considera el lugar de ubicación o facturación del cliente (ej. servicios tecnológicos).

- **Venta o provisión a través de terceros:** Si el tercero forma parte de su red de distribución oficial, se contabilizarán tales operaciones en el cálculo de umbrales, sin importar si el Agente Económico en la operación tiene ventas directas en el Perú.

- **Transporte internacional (de pasajeros o de carga):** servicios que tengan como origen o destino final el Perú.

- **Venta de paquetes turísticos para ser prestados en el extranjero:** Se tomará en cuanta el lugar de ubicación o facturación del cliente. En caso las agencias de viajes sean los Agentes Económicos en una transacción, se contabilizará como ingresos solo las comisiones obtenidas de la venta de los paquetes turísticos.

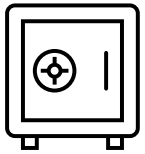
- **Ventas por internet:** Si el lugar de ubicación del cliente es distinto al lugar de entrega, prevalecerá el lugar de entrega.

Umbrales

Aspectos importantes

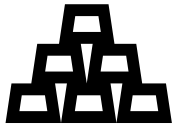
Entidades Financieras

- Se considera para el cálculo de las ventas o ingresos, los beneficio provenientes de las captaciones o colocaciones de dinero generadas.
- Incluyen intereses, rendimiento, cargos, comisiones y otros afines a la actividad.
- Cálculo del valor de Activos se aplicarán la reglas antes señaladas.



Empresas de Seguro, Reaseguro y AFPs

- Empresas de Seguros y Reaseguros: Se considera para el cálculo de las ventas o ingresos, el valor de las primas netas en el año fiscal anterior, los ingresos por inversión y otros ingresos financieros.
- AFP: Se considera para el cálculo de las ventas o ingresos, las comisiones por los aportes administrados, incluyendo utilidad por encaje.
- Cálculo del valor de Activos para empresas de seguros y reaseguros y AFPs, se aplicarán la reglas antes señaladas.



Fondos de Inversión

- Se considera para el cálculo de las ventas o ingresos, se deberá contabilizar las comisiones asociadas a ese fondo y las ventas e ingresos o activos de las compañías que la sociedad administradora del fondo controle.
- Cálculo del valor de Activos se aplicarán la reglas antes señaladas.

Umbrales

¿Cómo se calculan los umbrales según los actos de concentración?

Fusión / Joint Ventures, Contratos Asociativos y Constitución de Sociedades:

- Ventas o ingresos brutos anuales en Perú del año fiscal anterior a la transacción de los Agentes Económicos en la operación y sus respectivos Grupos Económicos en Perú; o,
- El valor contable de los activos en Perú de los Agentes Económicos participantes en la operación y sus respectivos Grupos Económicos en Perú.

Adquisición de Activos:

- Comprador / Adquirente:
  - ✓ Ventas o ingresos brutos anuales en Perú del año fiscal anterior a la transacción del Adquirente y sus respectivos Grupos Económicos en Perú; o,
  - ✓ Valor contable de los activos en Perú del Adquirente y su Grupo Económico en Perú.
- Vendedor / Transferente:
  - ✓ Ventas o ingresos brutos anuales en Perú del año fiscal anterior que hayan generados los Activos que vayan a ser adquiridos; o,
  - ✓ Valor contable de los activos en Perú de los Activos que vayan a ser adquiridos.

Adquisición de derechos (Acciones):

- Comprador / Adquirente:
  - ✓ Ventas o ingresos brutos anuales en Perú del año fiscal anterior a la transacción del Comprador y su Grupo Económico en Perú; o,
  - ✓ Valor contable de los activos en Perú del Comprador y su Grupo Económico en Perú.
- Vendedor / Transferente:
  - ✓ Ventas o ingresos brutos anuales en Perú del año fiscal anterior a la transacción de la **Compañía Target** y sus subsidiarias en Perú; o,
  - ✓ Valor contable de los activos en Perú de la Compañía Target y de sus subsidiarias en Perú.

Umbrales

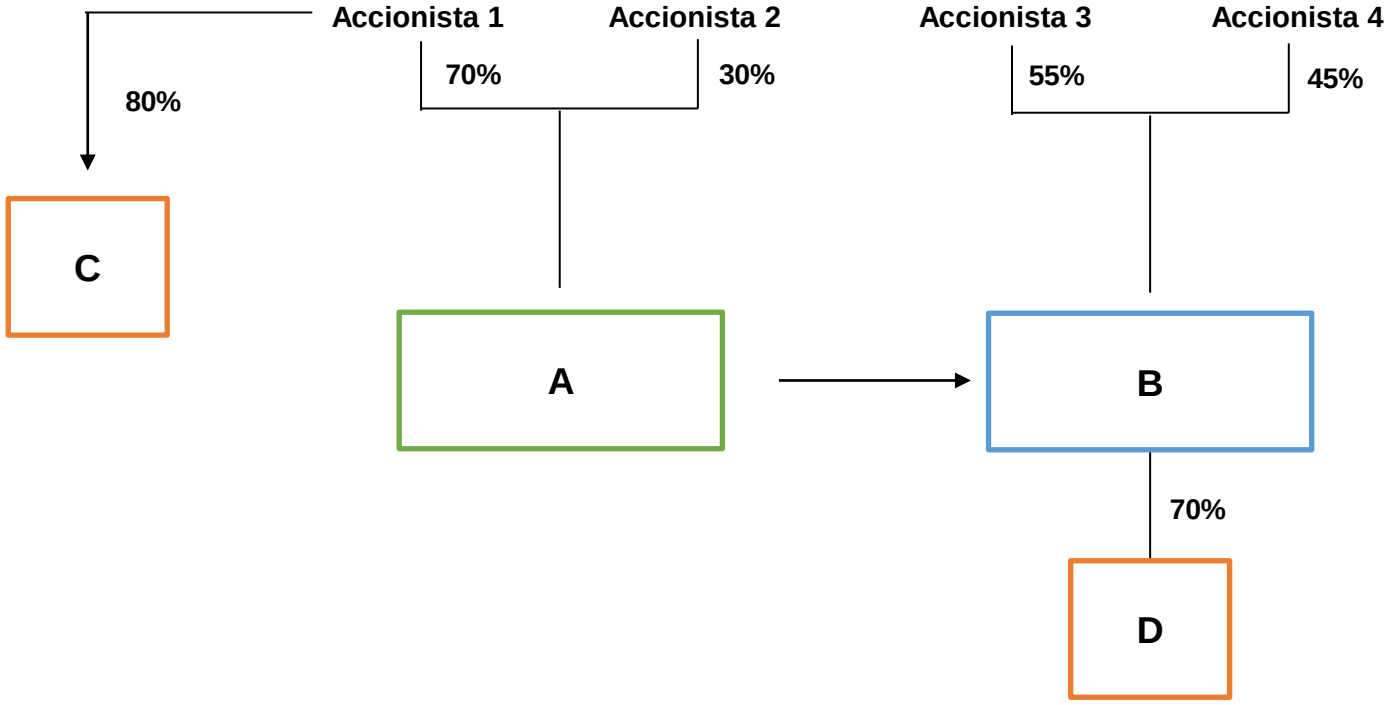
¿Cómo se calculan los umbrales según los actos de concentración?

Compra del 100% de las acciones de B por parte de A

Ventas del año 2020 del Grupo Económico de la Compañía A (A y C):

- Unión Europea: 400,000 UIT
- Estados Unidos: 300,000 UIT
- **Perú:**
  - ✓ **Compañía A: 70,000 UIT**
  - ✓ **Compañía C: 30,000 UIT**

Valor contable de los Activos en Perú del año 2020 del Grupo Económico de la Compañía A (A y C): **80,000 UIT**



Ventas del año 2020 del Grupo Económico de la Compañía B:

- **Compañía B: 20,000 UIT**
- **Compañía D: 5,000 UIT**

Valor contable de los Activos en Perú del año 2020 del Grupo Económico de la Compañía B (B y D): **10,000 UIT**

No se contabiliza las ventas, ingresos y activos de los Accionistas 3 y 4. Solo de la Compañía B y sus subsidiarias.

Umbrales

¿Cómo se calculan los umbrales según los actos de concentración?

Compra del 100% de las acciones de B por parte de A

Ventas

1. **Umbrales Conjuntos (al menos 118,000 UIT)**

   A y C: 100,000 UIT
   B y D: 25,000 UIT
   Total: 125,000 UIT

2. **Umbrales Individuales (al menos 18,000 UIT cada uno)**

   A y C: 100,000 UIT
   B y D: 25,000 UIT

Sí cumple umbral de ventas

Activos

1. **Umbrales Conjuntos (al menos 118,000 UIT)**

   A: 80,000 UIT
   B y D: 10,000 UIT
   Total: 90,000 UIT

2. **Umbrales Individuales (al menos 18,000 UIT cada uno)**

   A: 80,000 UIT
   B y D: 10,000 UIT

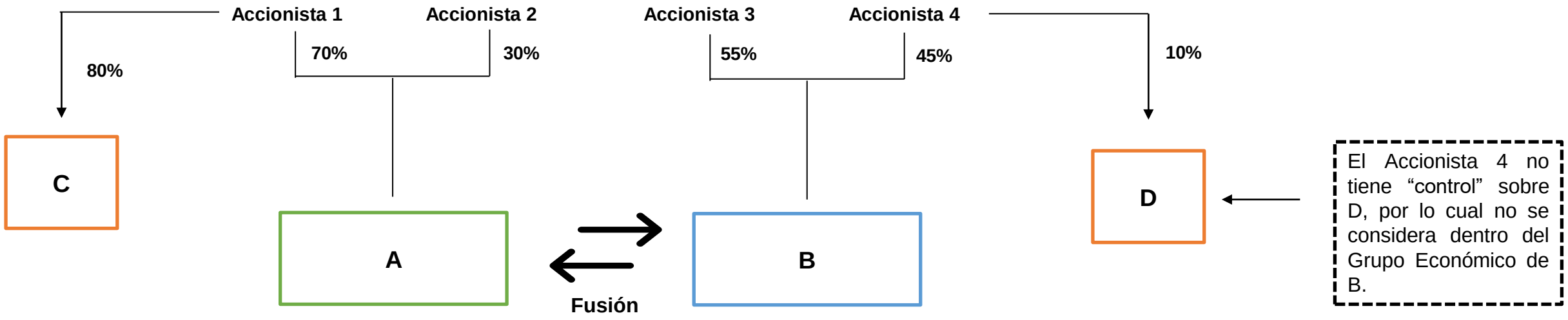
No cumple umbral de activos

SÍ SE DEBE INICIAR PROCEDIMIENTO ANTE INDECOPI

Umbrales

¿Cómo se calculan los umbrales según los actos de concentración?

Fusión / Constitución de Sociedad / Joint Venture



Para A, se debe calcular:

- Las ventas e ingresos de A
- El valor contable de los Activos de A
- Las ventas e ingresos de C
- El valor contable de los Activos de C

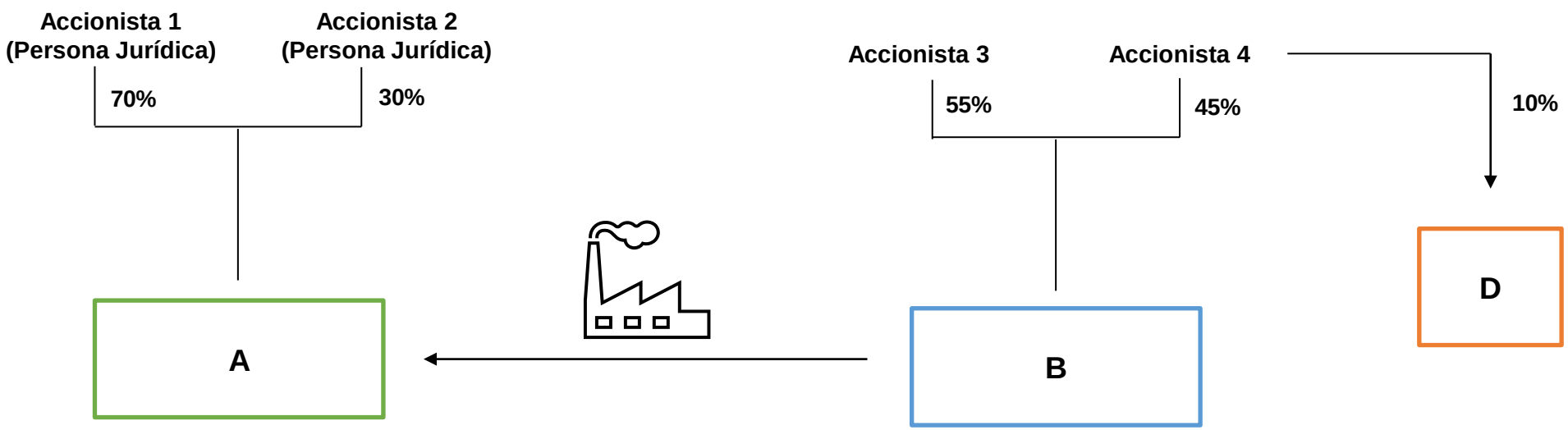
Para B, se debe calcular:

- Las ventas e ingresos de B
- El valor contable de los Activos de B

Si se superan los umbrales de ventas y/o activos, se debe realizar una notificación a INDECOPI.

Umbrales

¿Cómo se calculan los umbrales según los actos de concentración?



Para A, se debe calcular:

- Las ventas e ingresos de A
- El valor contable de los Activos de A
- Las ventas e ingresos de los Accionistas 1 y 2
- El valor contable de los Activos de los Accionistas 1 y 2

Para el Activo por parte de B a A:

- **Solo** se considerará las venta o ingresos generados por el Activo o, su valor contable.

Umbrales

¿Cómo se calculan los umbrales según los actos de concentración?

<u>Operaciones Sucesivas</u>

(Siguiendo el caso anterior)

Año 1: B vende el Activo 1 a A (no supera los umbrales)

Año 2: B vende el Activo 2 a A

Art. 5.3 de la Ley: la autoridad considera como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas por los mismos Agentes Económicos en el plazo de dos (2) años (…)

Para A, se debe calcular:

- Las ventas e ingresos de A en el año fiscal anterior a la notificación
- Los valor contable de los Activos de A en el año fiscal anterior a la notificación
- Las ventas, ingresos y el valor contable de los Activos de las compañías dentro del Grupo Económico de A

Para B, se debe calcular:

- Las ventas o ingresos generados por el Activo 1 y el Activo 2 el año fiscal anterior a la notificación; o su valor contable en dicho periodo.

***El Activo 1 no se calculará sobre el año fiscal anterior a su venta (Año 0), sino sobre el año fiscal anterior a la notificación de INDECOPI.**

El Procedimiento

Agente o agentes económicos

Operación de Concentración que cumple con el Umbral

→ **Solicitud de autorización**

→ **Comisión**

- **Aprueba**
- **Aprueba con Condiciones**
- **No aprueba**

→ **Tribunal**

Apelación
Plazo de interposición: **15 días hábiles**
Plazo para resolver: **90 días hábiles**

La Secretaría Técnica revisa la solicitud de autorización, y comunica del cumplimiento de los requisitos en un plazo de **10 días hábiles desde la fecha de presentación**.
Si la Comisión concluye que la operación no está dentro del ámbito de aplicación de la Ley o no genera serias preocupaciones, lo declara mediante resolución, dando por concluido el procedimiento o autorizando la misma.
La Comisión resuelve en un **plazo de 30 días hábiles** desde la admisión a trámite de la solicitud.

Si la Comisión comprueba que la operación plantea serias preocupaciones, lo declara mediante resolución, e **inicia la Segunda Fase**.

La Segunda Fase no excede de **90 días hábiles**, **pudiendo prorrogarse** hasta por un **máximo de 30 adicionales**.

- ***No se consideran todos los supuestos de prórroga, ampliación o suspensión de la Ley***
- ***Los Agentes Económicos pueden realizar consultas previas de carácter orientativo a la Secretaría Técnica. La opinión de la Secretaría Técnica no vincula a la Comisión en la toma de decisiones.***
- ***En caso INDECOPI no emita pronunciamiento expreso en el plazo previsto, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, concluyendo el procedimiento.***

El Procedimiento Simplificado

- ✓ Cuando los agentes económicos que intervienen en la transacción o sus respectivos grupos económicos **no realicen actividades económicas** en el **mismo mercado de producto** y en el **mismo mercado geográfico**; o, **no participen en la misma cadena productiva o de valor**.

- ✓ Cuando la transacción genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual **ya tiene el control conjunto**.

- ✓ Procedimiento:
  - A los **10 días hábiles de presentada la solicitud**, la Secretaría Técnica debe informar a los agentes económicos si procede el procedimiento simplificado o debe iniciarse vía procedimiento ordinario o cuando se requerirá mayor información.
  - La Comisión aprueba la solicitud en **30 días hábiles de admitida la solicitud**. En caso se requiera mayor información se pasa a una segunda fase y se resuelve dentro de un plazo de **90 días hábiles adicionales**.
  - Sujeto a **silencio administrativo positivo** y vigencia indeterminada

El Procedimiento

- ✓ La autorización para ejecutar una transacción para los Agentes Económicos que la SBS le hubiera otorgado autorizaciones de funcionamiento será otorgada por la SBS e INDECOPI.
- ✓ Ambas entidades evaluarán la transacción en procedimientos distintos e independientes. Es decir, son dos (2) procedimientos distintos, y pueden ser iniciados simultáneamente.
- ✓ Para operaciones que incluyan empresas del sistema financiero que **captan depósitos del público o empresas de seguros**, que **presentan riesgos relevante e inminentes**, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran, **solo se requiere el control previo de la SBS**.

  La SBS deberá resolver en 20 días hábiles de presentada la solicitud si la operación a evaluar no se encuentra en el supuesto antes señalado.

  Si se presentan nuevos hechos que impliquen riesgos relevantes, la SBS comunicará a INDECOPI y el procedimiento de INDECOPI culminará y se archivará.

- ✓ La autorización para ejecutar una transacción para los Agentes Económicos que la SMV le hubiera otorgado autorizaciones de funcionamiento será otorgada por la SMV e INDECOPI.
- ✓ Ambas entidades evaluarán la transacción en procedimientos distintos e independientes. Es decir, son dos (2) procedimientos distintos y pueden ser iniciados simultáneamente.

El Procedimiento de Oficio y el Procedimiento Voluntario

- La Secretaría Técnica podrá iniciar de oficio un procedimiento de control previo, aún cuando no se cumplan los umbrales, en los siguientes casos:
  - Las operaciones de **concentración empresarial horizontal** realizadas en mercados concentrados.
  - Las operaciones de **concentración empresarial horizontal** que involucren la adquisición de un agente económico con una **pequeña participación en el mercado, pero con potencial de crecimiento o de un agente económico innovador que recientemente haya ingresado al mercado**.
  - Las operaciones de control empresarial horizontal en las que el **adquirente o su grupo económico** ha realizado anteriormente operaciones de concentración empresarial que involucraron la **adquisición de un competidor**.
  - Otras operaciones de concentración empresarial que tengan la **potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia**.
- Aplicable para los Agentes Económicos, o sus respectivos grupos económicos, que durante **12 meses previos al cierre formal de la operación** han realizado actividades económicas en el Perú o han generado ingresos, ventas o flujos de dinero en el país.
- La Secretaría Técnica puede determinar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de una operación de concentración empresarial **hasta 1 año después de su cierre formal**.
- Si la Comisión determina que la transacción podría generar posibles efectos restrictivos significativos a la competencia, dicta ordenes o medidas que considere pertinentes para eliminarlos o mitigarlos, lo cual **incluye, de resultar viable, razonable y proporcional, la enajenación de las acciones o activos adquiridos**.
- Decisión de la Comisión es apelable ante el Tribunal de INDECOPI.
- En los **75 días de la etapa probatoria del procedimiento de oficio**, la Secretaría Técnica y los agentes económicos podrían llegar a un acuerdo. En caso la Comisión apruebe el acuerdo, concluirá el procedimiento y los Agentes Económicos deberán ejecutar según lo acordado.
- Los Agentes Económicos tendrán la opción de iniciar un procedimiento voluntario en caso consideren que la transacción pueda ser considerada como INDECOPI como anticompetitiva. De iniciarse este procedimiento, los Agentes Económicos **no podrán cerrar la transacción hasta el pronunciamiento de INDECOPI**.

Remedios y Compromisos

Durante el desarrollo del procedimiento de control previo (Fase 1 o Fase 2), los Agentes Económicos pueden presentar a la Comisión una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial.

Remedios Estructurales

Compromisos que se ejecutan de manera inmediata o en el más corto plazo posible y son permanentes.

- Desinversión de activos tangibles y/o intangibles
- Término de acuerdos y/o contratos, especialmente que cuenten con cláusulas de no competencia o exclusividad.

El paquete de activos seleccionados para el proceso de desinversión deberá ser considerado atractivo por INDECOPI y que, a su criterio, permitan al comprador competir efectivamente con el Agente Económico.

El comprador no debe causar tampoco un daño anticompetitivo en el Mercado Relevante.

INDECOPI otorgará un determinado plazo para concluir el proceso de desinversión. En caso esto no se cumpla, podrá designar a un tercero para que dirija este proceso de desinversión.

Remedios Conductuales

Compromisos de duración limitada que INDECOPI supervisa su cumplimiento durante el plazo acordado.

- Obligaciones en la venta o suministro de productos y/o servicios.
- Murallas chinas
- Prohibición de celebrar acuerdos de exclusividad, contratos de ventas atadas o paquetes de productos que puedan afectar a los competidores en los Mercados Relevantes.

Luego del plazo acordado, el compromiso puede ser:

- ✓ Mantenido
- ✓ Modificado
- ✓ Revocado

En caso de cambios de condiciones de competencia en el mercado, los compromisos pueden ser modificados o revocados.

Infracciones y Sanciones

Leves	Graves	Muy Graves
• **No presentar** la solicitud de autorización. • **No suministrar** la información requerida en el plazo previsto.	• Ejecutar una operación **antes** de someterla al control previo. • Ejecutar una operación de concentración **antes** de que se emita la resolución del órgano competente. • Ejecutar una operación de concentración **antes** de que se produzca el silencio administrativo positivo.	• Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución. • Ejecutar una operación de concentración habiendo sido **denegada** su autorización. • Obstruir a través de cualquier modalidad la labor de investigación. • Negarse injustificadamente a suministrar la información requerida, o suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada o engañosa.

Las infracciones se sancionan mediante la imposición de multas en UIT, de acuerdo a los criterios y límites establecidos en el Decreto Supremo N° 032-2021-PCM. **Las infracciones a la Ley prescriben a los 4 años**.

Gun Jumping

Artículo 23.1 de la Ley (Obligación de "*Standstill*"):
La ejecución de las operaciones de concentración empresarial **se suspende** hasta que la Comisión se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo.

- Ni la Ley ni el Reglamento listan o precisan, de manera detallada, cuáles serían las acciones y/o conductas que generarían un incumplimiento de las obligaciones de *Standstill*.
- **Gun Jumping**: el incumplimiento a la obligación de *Standtill* por parte de los Agentes Económicos.

La jurisprudencia internacional ha establecido lineamientos o guías respecto a la obligación de *Standstill*:

- Traspaso de información confidencial o sensible entre los Agentes Económicos.
- Términos contractuales que la autoridad competente interprete, a su criterio, que el comprador tiene el control (real o fáctico) sobre la Compañía Target o el Activo antes de emitir la autorización de la transacción, por ejemplo:
  - ✓ El vendedor requiere el consentimiento del Comprador para la toma de decisiones administrativas y/o de dirección;
  - ✓ Que el comprador designe, remueva, contrate o despida a personal clave de la Compañía Target.
  - ✓ Que el personal de la Compañía Target responsa al Comprador como empleador; o,
  - ✓ Que la Compañía Target y su personal cambien de domicilio al domicilio del Comprador.

INDECOPI deberá aclarar si el traspaso de la información sensible o confidencial en un Due Diligence y durante la negociación de la transacción podría considerarse como Gun Jumping; debido a que se podría considerarse como una prácticas colusorias conforme a lo establecido en los Artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo N° 1034 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Gun Jumping

Ejemplo:

CLÁUSULA 11. AUSENCIA DE CAMBIOS

11.1 **Curso Ordinario del Negocio**: Desde la firma del presente contrato hasta su cierre formal, los Vendedores conducirán la actividad de la Compañía y sus subsidiarias, según el curso ordinario de los negocios. Cualquier acción llevada a cabo por los Vendedores se entenderá incluida en el "***curso ordinario de los negocios***" si, y sólo si, dicha acción:

i. Es consistente con prácticas pasadas de la Compañía y es llevada a cabo en el curso ordinario de las operaciones del normal día a día de la Compañía.

ii. Es similar en naturaleza, magnitud y frecuencia a acciones tomadas habitualmente, en el curso ordinario de las operaciones del normal día a día de la Compañía u otras sociedades que desarrollen el mismo negocio.

11.2. **Restricciones**: Desde la firma del presente contrato hasta su cierre formal, los Vendedores no podrán realizar actividades fuera del curso ordinario de los negocios, salvo las siguientes acciones que requerirán previa autorización del Comprador:

i. Emitir acciones, opciones, obligaciones negociables o cualquier otro tipo de derechos de suscripción o de adquisición de cualquier acción o bono convertible o cambiable por acciones.
ii. Disponer, bajo cualquier título, de sus activos o propiedades, por un monto superior a un millón de dólares.
iii. Incurrir o comprometerse a incurrir en cualquier deuda por un monto superior a US$ 10,000.
iv. Suscribir cualquier tipo de contrato que involucre montos superiores a US$ 10,000.

(i) y (ii)

En concordancia con la jurisprudencia extranjera, INDECOPI podría considerar que en (iii) y (iv) el Comprador está interviniendo en el *curso ordinario del negocio* antes de que se emita la autorización. Ambos numerales podrían no ser considerados como injerencia en el negocio por INDECOPI si los montos fueran más altos.

Aspectos Relevantes

Sector Telecomunicaciones: El MTC puede suspender los procedimiento de transferencia de títulos habilitantes, de asignaciones de espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico a la espera del pronunciamiento de INDECOPI.

Sector Eléctrico: Los procedimientos de control previo sujetos a la Ley Antimonopolio y Antioligopolio de Sector Eléctrico (**Ley N° 26876**) que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley y se encuentren en trámite, continúan su trámite bajo las reglas de la Ley N° 26876 hasta su culminación.

Queda **prohibido el registro e inscripción por los notarios y los registradores públicos** de las operaciones de concentración obligadas a notificar que no hubieran obtenido autorización expresa o por silencio de la Comisión.

¡Gracias!

Estemos en contacto

Andrés Kuan-Veng
Socio
akuanveng@rubio.pe

Carlos Arata
Socio
carata@rubio.pe

Wilfredo Cáceres
Asociado Senior
wcaceres@rubio.pe

Telf.: (511) 208 3000

Av. Dos de Mayo 1321
San Isidro
Lima, Perú

rubio.pe